

A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais

Diogo Oliveira Muniz Caldas¹

Resumo

Na esteira do cumprimento e respeito dos direitos fundamentais e sociais, que são emanados por lista consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil, uma grande discussão surge nos tribunais pátrios e em parte da doutrina. A proteção desses direitos deve ser observada de forma obrigatória ou, ao adentrar na questão dos custos para a execução e cumprimento dos mesmos, o Estado pode se esquivar alegando que, se a interpretação literal e humanística do texto constitucional for cumprida, sua já combatida finança será impactada de forma a provocar o seu fim. Num ponto além da presente discussão, Amartya Sen ensina que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; teoria dos custos dos direitos; Amartya Sen; desenvolvimento; liberdades individuais.

Abstract

In the wake of compliance and respect of fundamental and social rights, which are issued by list enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, a big argument arises in the native country of the courts and doctrine. The protection of these rights must be observed on a mandatory basis or, to enter the issue of costs for the implementation and enforcement thereof, the state can avoid claiming that the literal and humanistic interpretation of the Constitution, is met, its already battered finance will be impacted so as to cause its end. A point beyond the present discussion, Amartya Sen teaches that economic development should not necessarily be opposed to the fundamental rights, but an instrument to achieve effective compliance.

Keywords: Fundamental rights; theory of rights costs; Amartya Sen; development; individual liberties.

¹ Doutor em Direito - Universidade Veiga de Almeida (UVA). Email: diocaldas@hotmail.com

Introdução

No momento atual, quando se discutem os valores do direito e sua aplicação, uma das questões mais controversas é a oposição das teorias dos custos do direito em relação à aplicação dos chamados direitos fundamentais.

Como será observado mais adiante, a teoria dos custos dos direitos tem como base fundamental o entendimento de que todos os direitos, independentemente da classificação adotada, devem ser entendidos como positivos, pois, para que os mesmos possam ser exercidos com eficácia plena, necessitam do apoio financeiro oriundo do erário público.

Em outro prisma, um segundo ponto do presente estudo, a teoria narrada acima é fortemente combatida, verificando que justificaria uma não aplicação de um direito fundamental se houvesse, por exemplo, risco às finanças públicas. Trata-se da proteção conferida pela teoria do mínimo existencial, que, ao trazer uma indicação de que todos os cidadãos devem receber o mínimo do Estado para uma vida digna, cria uma malha de proteção nos direitos fundamentais e sociais listados pela Constituição Federal.

Ao prosseguir no desenvolvimento da discussão abarcada, este trabalho realiza uma investigação construtiva ao trazer os ensinamentos de Amartya Sen, no que tange ao desenvolvimento de alguns países do mundo, dividindo-os em duas categorias: aqueles que primeiro produzem riquezas para que posteriormente realizem a distribuição da renda acumulada e aqueles países que realizam um crescimento circular, em que, ao realizar o investimento dos valores que possui em sua população, a riqueza que será gerada aumentará, sendo devolvida ao Estado, que realizará todo esse fluxo novamente.

Como a aplicação das teorias supracitadas vem se relacionar com diversos direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal? A análise humanista e imperativa do texto constitucional prevalece mesmo quando o Estado alega a falta de recursos públicos para o seu cumprimento? Ou uma interpretação efetivamente pautada na manutenção da saúde financeira do pacto federativo deverá prevalecer?

O presente estudo pretende contrapor posições apresentadas por pontos de vista importantes, de forma a analisar os seus aspectos centrais, buscando qual pensamento deve prevalecer ao longo do curso do desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio.

A teoria dos custos dos direitos

Esta teoria foi estudada e desenvolvida pelos professores Cass Sustein e Stephen Holmes e publicada no livro intitulado *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*, em 1999. Na pesquisa, foram feitas análises acerca dos mais variados tipos de direitos e os custos derivados para o cumprimento dos mesmos.

Aqui se faz necessária a indicação de que, mesmo trabalhando em sistemas jurídicos diversos (o americano e o brasileiro), tal estudo é de fundamental importância nos dias atuais, em que o Poder Judiciário Brasileiro recebe centenas de petições das procuradorias dos estados e municípios, que, para se defenderem em uma ação, alegam que não cumprem determinado direito porque isso iria comprometer o equilíbrio orçamentário (como ocorre, principalmente, em casos envolvendo o direito à saúde e à propriedade).

Inicialmente, deve ser entendido que um dos papéis fundamentais do Estado é buscar o cumprimento dos direitos consagrados pelo legislador. Esse cumprimento é observado de forma livre e espontânea no gestor público, por exemplo, no combate ao incêndio, que põe em risco o patrimônio dos administrados, ou para ofertar um determinado medicamento para o tratamento médico de um indivíduo.

Quando, de forma contrária, o Estado não atende, espontaneamente, uma determinada demanda, o Poder Judiciário é provocado e, utilizando remédios jurídicos próprios, obriga que a Administração Pública cumpra determinada ordem.

Em outra situação, na execução de atos no exercício da função administrativa (os chamados atos administrativos), são verificadas prestações positivas e de caráter prestacional do Estado, como, por exemplo, o ato de demolição de uma casa em ruínas, preservando-se a vida dos moradores e a propriedade privada dos titulares dos direitos dos prédios vizinhos.

Em qualquer um dos casos acima é observado o uso do mesmo meio para se alcançar fins por vias distintas: o emprego de recursos públicos para o cumprimento e satisfação adequada dos direitos emanados pela legislação. Observando que o dispêndio de dinheiro público é necessário para se alcançar um determinado direito, os autores entendem que todos os direitos possuem natureza positiva.

Até mesmo os direitos ligados às liberdades individuais são aqui incluídos, como, por exemplo, o direito ao voto. De acordo com a teoria em questão, essa derivação do direito de liberdade só existe porque o Estado realiza uma prestação positiva, ou seja, altamente custosa para o seu exercício.

Em relação aos direitos classificados tradicionalmente como negativos, os autores são incisivos ao indicar que essa definição é errônea, pois não existiriam tais direitos na esfera pública, sendo traçada equivocadamente a ideia de o gestor simplesmente deixar fazer algo. Essa afirmação é corroborada com uma indicação de que os direitos subjetivos públicos sempre serão positivos.

É imperativo ressaltar que a teoria em tela não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção conferida aos direitos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar, permitindo, desta forma, que o gestor público direcione melhor os poucos recursos encontrados nos cofres públicos. Como analisam em sua obra:

The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us

unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributional equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other.²

Outro ponto de suma importância, que é imperativo destacar, é a não existência de direitos classificados como negativos, ou seja, que não precisariam de prestação estatal para seu cumprimento. Um dos principais exemplos é o direito à liberdade, que, para ser exercido de forma adequada, depende de investimentos do Estado na área de bem-estar social.

Como parte essencial do presente trabalho, passa a ser analisado o direito de propriedade como um instrumento para se exercer plenamente a liberdade.

Inicialmente, devem ser analisadas as palavras de Flávio Galdino para explicar a relação do que, tradicionalmente, é entendido como direito de propriedade e como a mesma se relaciona com as liberdades individuais:

Tradicionalmente, numa visada de corte jusnaturalista, tem-se o direito de propriedade como liberdade básica, anterior e superior ao Estado, aliás figura completamente desimportante na caracterização deste direito, ocupando posição completamente passiva (ou negativa) – bastando respeitá-lo, constituindo intervenção estatal exceção excepcionalíssima.³

Ocorre que os autores que defendem a teoria dos custos do direito não defendem a mesma visão, valendo-se de que o direito de propriedade é um direito posterior à estruturação e formação política do Estado, ou seja, aquele seria uma consequência deste.⁴ Além disso, têm como um dos pilares de sua argumentação a intervenção estatal controlando o funcionamento dos mercados, como condição mínima para a efetividade dos direitos considerados privados, entre eles a propriedade.

² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberties Depends on Taxes**. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999. p.226.

³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p.206.

⁴ A visão supracitada agride, de forma central, o ideal do Estado Liberal-Individualista, que defende a não intervenção do poder público em matérias econômicas privadas, ou seja, a existência de direitos negativos.

Aqui a função do Estado ultrapassa o caráter reconhecedor da existência da propriedade privada. Para os seguidores dessa teoria, o Estado é o criador desse direito por meio da atuação de seus agentes, como, por exemplo, os agentes políticos e magistrados.

É necessária uma reflexão utilizando exemplos para se tentar compreender melhor o pensamento incrustado nessa teoria. Imagine uma grande cidade com milhares de grandes prédios de apartamentos espalhados por seu território. Essas propriedades só permanecem intactas e seguras pelo trabalho realizado, diariamente, pela Administração Pública e seus agentes, com o uso de recursos do erário público.

Outra situação importante, relativa ao direito de propriedade, que tem acontecido muito no país, são os sucessivos casos de reintegração de posse, em que além dos gastos com os aparatos técnicos e agentes envolvidos, observa-se o custo gerado ao Poder Judiciário para que seja feita a emissão da ordem judicial.

Como é sabido, para se debater jurisdicionalmente o direito de propriedade, existe a verificação dos custos. Note-se que, para todo o direito fundamental existe um remédio jurídico que deve ser utilizado frente à provocação do Poder Judiciário (é um exemplo de acesso à justiça).

Constata-se assim que o Poder Judiciário, que é o local adequado para resolver possíveis demandas relativas ao direito de propriedade, é mantido em funcionamento pelo Estado, com custos arcados pelo mesmo. Ademais, cada remédio em que o autor se apoia em uma demanda judicial gera custos que, mais uma vez, serão pagos pela Administração Pública (inclusive em ações movidas em face desta).

Um exemplo que pode reforçar o argumento acima é a concessão da gratuidade de justiça. Muitos autores explicam ou desenvolvem seus estudos como se a mesma fosse um benefício em que não só o autor seria liberado das custas e emolumentos, mas também ninguém seria responsável pelo seu ônus, sendo encarada assim, apenas, como um não recolhimento de determinado valor. Tal pensamento é errôneo, pois, mesmo com a concessão da gratuidade, alguém arcará com os custos para a movimentação da máquina judicial e esse alguém é o Estado.

Os autores da teoria se defendem de possíveis críticas concluindo que, nenhum dos direitos, ditos como fundamentais, são absolutos, pois dependem de uma análise a ser feita com base em argumentos financeiros, sociais e temporais. O que hoje é considerado algo absoluto, muitos anos atrás, já foi considerado de forma diversa (exemplo: o direito à assistência médica não era considerado fundamental na época em que era realizado, costumeiramente, por meio de padres. Neste caso, os recursos de uma sociedade seriam mais bem aplicados em outras questões).

Por fim, como observado anteriormente, o objetivo da teoria dos custos dos direitos é bem claro: demonstrar uma correlação entre a aplicação de um determinado direito com os gastos necessários para isso, realizados pela

Administração Pública (análise pragmática dos direitos). Portanto, qualquer efetivação de um direito ou até mesmo o exercício da liberdade é vinculado ao aporte financeiro realizado pelo Estado, devendo este decidir como devem ser aplicados os recursos disponíveis.

Ademais, reconhecer que os direitos fundamentais atribuem um custo ao gestor público, como já reconhecido nos direitos sociais, é reforçar e valorizar sua ligação com o princípio da reserva do possível.

Crítica à teoria dos custos dos direitos

Após realizar a análise da teoria dos custos dos direitos, deve ser feita a verificação das críticas (em sua maior parte, justas) que são direcionadas ao raciocínio apresentado no item anterior.

Em um primeiro momento é sabido que, ao se defender e priorizar a utilização de recursos públicos de acordo com a escolha do Estado, a proteção aos direitos fundamentais será consideravelmente reduzida pois, como verificado em vários casos, ao se diminuir o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal, uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menos a efetividade dos direitos se apresenta em uma sociedade, maior será o número daqueles que buscarão o cumprimento desses direitos de forma forçada (apelando, em alguns casos, para o uso da violência).

Em sua obra, o raciocínio de Luís Fernando Sgarbossa explica claramente essa hipótese:

Os problemas engendrados pela desregulamentação da economia e pela retração da proteção social são ocultados pela exploração da insegurança generalizada e pela condução ideológica de todas as expectativas de solução dos problemas correlatos em campo penal, o que representa, ao fim e ao cabo, a fragilização de direitos e garantias individuais decorrentes da retórica do medo e da consequente expansão, doravante sem limites, da repressão penal.⁵

Dessa forma, pode ser verificado que, em primeira crítica, ao condicionar o cumprimento dos direitos fundamentais aos recursos encontrados nos cofres públicos, os defensores da referida teoria afastam o Estado do caráter social e o encaminham, a passos largos, ao Estado com natureza penal acentuada, com o escopo de reprimir os cidadãos que não forem contemplados pelo exercício de determinado direito.

De acordo com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em seu relatório de 2013⁶ são apresentados diversos dados acerca da situação da população brasileira e o exercício dos direitos sociais consagrados pela

⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I – Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p.118.

⁶ Organização das Nações Unidas - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina*. Chile, Nações Unidas, 2013.

ordem jurídico-política nacional. O relatório indica que 18,6% da população brasileira vivem em condições de pobreza, sendo que 5,4% estão classificados como em estado de pobreza extrema.⁷ Já a distribuição de renda brasileira mostra que apenas 4,5% da riqueza chega até a parte mais pobre da população contra 55% para aqueles que se encontram entre os mais favorecidos economicamente.⁸ Outro aspecto relevante é o dado que demonstra os investimentos realizados pelo país com saúde pública. O estudo indica que o Brasil gastou entre 100 e 300 dólares por pessoa com saúde.⁹

Verifica-se, por oportuno, que, se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos, já se tem esses péssimos resultados, deve ser feito um exercício de imaginação de como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados pelo pensamento da teoria dos custos dos diretos. No mínimo, de forma conservadora, seriam muito piores.

A partir daqui serão verificadas as críticas ao alicerce central que sustenta a teoria dos custos dos diretos: a reserva do possível.

Em uma análise inicial se pode definir o princípio da reserva do possível como a prestação efetiva dos direitos sociais aos mais pobres ou necessitados, de acordo com os recursos encontrados nos cofres públicos. Ademais, tal princípio fornece a ideia de que os direitos sociais são considerados “caros”, ou seja, por terem custo para a sua aplicação, devem ser executados de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis.

No ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível foi recepcionada de forma um pouco modificada, mas utilizada em vários casos que tramitam em todas as esferas do Poder Judiciário. Uma das aplicações mais conhecidas, no que tange à reserva do possível, é a linha de defesa demonstrada pelas Procuradorias Municipais e Estaduais ao se negarem a fornecer medicamentos para os cidadãos que mais necessitam, alegando que a Administração Pública, cumprindo integralmente esse direito, teria suas finanças abaladas consideravelmente.

Outra perturbadora aplicação desse princípio é encontrada nos casos envolvendo a solicitação de acesso à moradia digna pelos mais necessitados. O direito à propriedade e à adequada função social são garantidos pela Constituição Federal de 1988, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º. Infelizmente, os gestores públicos se esquivam do cumprimento de medidas ao acesso à moradia, alegando não possuir recursos suficientes para isso.

Embora sendo acolhida por alguns tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal vem, em suas decisões, afastando a recepção da reserva do possível como um argumento válido nas argumentações do Estado para se esquivar do cumprimento dos direitos sociais consagrados pela Constituição Federal, principalmente nos casos envolvendo as matérias listadas no artigo citado anteriormente. Mais uma vez deve ser destacado: não é razoável a alegação da falta de recursos pelos Estados,

⁷ Idem. p.17.

⁸ Idem. p.18.

⁹ Idem. p.41.

uma vez que o fato material da falta dos mesmos é provocado (dolosamente), na maior parte das vezes, pelas péssimas gestões realizadas e pelo descumprimento frontal do que apregoa a Lei Complementar 141 de 2012.

Em relação à propriedade privada, a Administração Pública, ao utilizar como base a teoria dos custos dos diretos, alega que é a responsável por manter o respeito a esse direito por meio de seus gastos com segurança pública (ao evitar as invasões em domicílio) e na defesa das mesmas contra incêndio, com os bombeiros trabalhando diariamente. Entretanto, essas fundamentações não passam de um verdadeiro absurdo jurídico. Os custos invocados pelo Estado só são realizados por meio da captação, através do sistema tributário, junto aos administrados, de recursos para cumprimento dessas obrigações. Tem-se, como exemplos, o pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), o pagamento do Imposto de Renda (IR) e o pagamento do Fundo Especial do Corpo de Bombeiros (FUNESBOM).

Outro argumento que não merece prosperar é o de que gastar dinheiro público com os mais necessitados, em situações que envolvam moradia digna, seria uma lesão do equilíbrio contributivo, já que despenderia os recursos gerais da Administração Pública com apenas parte da população. Mais uma vez a alegação pauta-se meramente nos recursos econômicos do Estado, não levando em consideração que tais direitos sociais são consagrados e devem ser absolutamente cumpridos.

Valorizar a racionalidade econômica em detrimento da racionalidade jurídica inverte completamente a ordem de importância do consagrado pelo legislador nas mais diversas espécies normativas. Ademais, considerar que a efetividade dos direitos aqui debatidos deve ser observada conforme a condição financeira de cada ente público é, de forma clara e límpida, atacar de forma central a natureza fundamental dos direitos sociais.

Uma crítica que se faz necessária é a alegação, dos defensores da ora criticada teoria, que a aplicação do princípio da eficiência (consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal) em conjunto com uma análise de custo e benefício de cada direito deveria ser utilizada para verificar quais seriam as normas escolhidas para serem cumpridas pelo gestor público. Trata-se, mais uma vez, de um delírio utópico de determinados juristas, esquecendo que os atos cometidos, diariamente, pela Administração Pública não respeitam o referido princípio.¹⁰

¹⁰ Em reportagem realizada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, no ano de 2013, foi veiculada a notícia do gasto realizado pelo Senado Federal para a compra de selos de postagem. Os valores divulgados de gasto, naquele ano, com a compra do referido material, alcançaram a absurda marca de R\$ 2 milhões. Para demonstrar como a eficiência pública foi ferida neste caso, com os recursos destinados para essa aquisição cada Senador devia receber uma média de 18 mil selos em um ano. Como se não bastassem os fatos aduzidos acima, as correspondências dos Senadores da República são seladas por meio de uma máquina franqueadora, ou seja, um equipamento que não realiza o uso de selos em papel. Fonte: O Estado de São Paulo. **Senado apura gasto de R\$ 2 milhões com selos**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-apura-gasto-de-r-2-milhoes-com-selos,1064482>. Último Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

A teoria dos custos dos diretos demonstra a pior face do Estado, transformando os gestores em simples economistas que, com um frio cálculo matemático, decidirão quem é que terá ou não um acesso a determinado direito. Em outras palavras: defender a teoria dos custos dos diretos, como apresentada no item anterior, é realizar uma verdadeira “roleta-russa” jurídica com os direitos fundamentais.

O mínimo existencial e o Estado desenvolvedor de Amartya Sen

Nesta parte serão feitas argumentações positivas de como a aplicação dos direitos fundamentais devem ser feitas em contraposição aos alicerces, já aqui criticados, da teoria dos custos dos diretos.

Ao construir uma linha de aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, primeiramente são invocadas linhas gerais do direito alemão, que, no pensamento ilustre de Otto Bachof, constatou que o princípio da dignidade da pessoa humana é garantidor das liberdades individuais e de um mínimo existencial, ou seja, a Administração Pública deve garantir um mínimo de segurança social aos seus administrados, cumprindo o disposto nesse princípio. Em linhas gerais, deve ser defendido um Estado que se pauta na atuação de forma a respeitar os direitos sociais, garantindo o cumprimento efetivo dos mesmos e uma assistência social aos que, por alguma razão, estejam em debilitada situação física ou mental, não conseguindo assim prover seu próprio sustento.

Não se defende aqui um Estado assistencial com veias paternalistas. Entretanto, a atuação do ente público deve ser no intuito de prover as mínimas condições de vida aos mais necessitados, por meio de um Estado desenvolvedor, como indica Amartya Sen em sua obra:

*A segurança protetora é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas *ad hoc*, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados.*¹¹

O desenvolvimento e a garantia do mínimo existencial passam sim por fatores econômicos, mas com pensamentos diversos dos empregados pelos defensores do raciocínio econômico se sobrepondo ao raciocínio jurídico. Existem, assim, dois tipos de modelos que utilizam a relação de direitos sociais com o crescimento econômico:

¹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 57.

a) o primeiro modelo sustenta que o respeito às liberdades individuais e a forte oferta de assistência aos direitos sociais, com ênfase na educação de qualidade e acesso à saúde, conjugadas com uma reforma agrária eficaz, realizam crescimento econômico e social saudável. Exemplos: Coréia do Sul e Taiwan.

b) o segundo modelo de crescimento econômico apresenta um Estado que busca um forte crescimento econômico, mas que, com o abismo social criado por décadas, suas realizações têm aparecido de forma muito mais lenta se comparado ao modelo anterior. Exemplos: Brasil e Índia.

Aqui se faz por oportuno deduzir que o progresso de uma nação é pautado sim nas oportunidades sociais oferecidas, e o Administrador Público Brasileiro, ao refutar o cumprimento dos direitos sociais com a argumentação da quebra dos cofres públicos, acaba caminhando de forma oposta ao demonstrado pelas estatísticas e por grandes doutrinadores.

Uma das propostas apresentadas no presente trabalho, que ressalta o âmbito do problema habitacional nos dias atuais, é a criação de um Fundo Econômico Habitacional (FEH), ou seja, um fundo soberano em que, anualmente, os valores capitados devem ser depositados e seus rendimentos devem ser utilizados para a construção de casas aos mais necessitados. Cabe valorizar que esse Fundo, recebendo aportes anuais, será investido em aplicações conservadoras, apenas aplicando seus juros nessas construções, ou seja, é um mecanismo progressivo que sempre acumulará rendimentos sem a necessidade de gastos consideráveis pelo gestor público.

Outra proposta tem como objetivo indicar uma sugestão de origem desses aportes financeiros. A iniciativa propõe que tais valores sejam percentuais, a serem votados pelo legislativo, que seriam retirados da receita líquida das Empresas Públicas Federais e repassados diretamente aos cofres do FEH. Isso, definitivamente, colocaria uma pá de cal nas argumentações atuais das Fazendas Públicas espalhadas pelo Brasil, indicando a quebra do Estado ou a não possibilidade financeira de cumprimento do preceito fundamental aqui exaltado.

A garantia do mínimo social para o exercício dos direitos fundamentais emanados pela Constituição se trata de um dever revestido com uma manta de obrigação essencial, ao qual o Administrador Público deve respeitar sem quaisquer tipos de contra-argumentações vazias, com parco fundamento humanista, e, na maior parte das vezes, de uma crueldade comparável aos momentos mais terríveis da história da humanidade.

Neste ponto será discutida e concluída qual seria a extensão desse mínimo existencial: um rol de direitos meramente biológicos ligados à manutenção da vida no sentido de sua existência vital ou uma listagem mais ampliativa que consagraria também o mínimo social (ao qual seria inserida a hipótese central do presente estudo: a questão habitacional).

Uma primeira linha de raciocínio, de abordagem interpretativa positivista e restritiva, indica que o mínimo existencial consagra apenas uma lista mínima de direitos ligada exclusivamente aos fatores biológicos para a manutenção da vida humana, ou seja, só são considerados direitos inseridos no núcleo da dignidade da

pessoa humana aqueles que seriam básicos para manter a pessoa com vida e suas funções vitais em estado de normalidade. São citados como exemplos os direitos à saúde (alguns medicamentos e intervenção hospitalar) e à alimentação.

De acordo com os defensores dessa ideia, os legisladores que elaboraram a Constituição da República Federativa do Brasil, nos Capítulos dispostos em Título II, cometeram um sério equívoco ao taxarem como fundamentais grande parte dos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, etc.. Ademais, beira a insanidade dos atuais defensores da presente linha de pensamento definir que, além da falta de recursos públicos para se prestar o essencial disposto na carta magna como fundamental (mesmo sendo um dos países com uma das maiores cargas tributárias do mundo), não se pode considerar como mínimo existencial tudo aquilo que está fora da manutenção da vida em sentido estrito.

Tal opinião deve ser combatida ferozmente pelos juristas nos dias atuais, verificando que se trata de um verdadeiro golpe lancinante em cada um dos brilhantes legisladores que defenderam e moldaram uma lista de direitos, pensando e adotando os princípios da universalidade, da generalidade e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessário relembrar o inciso IV, artigo 7º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim¹²

É importante indicar que o próprio legislador afasta a linha de argumentação da primeira corrente apresentada, pois indica que são necessidades vitais, ao definir ao que deve ser atendido com o salário mínimo (aquele mínimo que uma pessoa deve perceber ao trabalhar e, com o seu valor, ter uma vida mínima e digna), uma lista mais ampla, que supera as meras condições biológicas do homem. Observem que constam, por exemplo, nessa lista: a educação, o transporte e, o que é importante aqui frisar, a moradia.

Não podem, portanto, os agentes públicos da esfera jurídica, ao defenderem União, Estados, Distrito Federal e municípios, procrastinar os feitos com defesas produzidas em uma linha de montagem imaginária, sendo replicadas aos montes, baseando-se em pensamentos retrógrados e ultrapassados, com um recado que, por trás das palavras de suas petições, informam apenas uma coisa: o Estado não teve o mínimo de competência para gerir os recursos que recebe (com progressivo aumento) todo o ano e, por isso, para justificar o escárnio feito com os cofres

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

públicos, devem ser desclassificados todos os direitos consagrados pelo legislador após anos de lutas da população para consegui-los.

A segunda linha de raciocínio, que defende uma abordagem mais ampliativa e garantista de direitos, entende que o núcleo do mínimo existencial contempla uma lista que vai além do mero conceito biológico do que é estar vivo. Aqui podem ser encontrados os direitos esquecidos pela primeira corrente, ou seja, grande parte dos individuais e coletivos, além dos sociais e, entre eles, a moradia.

Neste passo devem ser levados em conta mais que apenas fatores ou índices encontrados em definições de livros de medicina. Cumprir a dignidade da pessoa humana é tratar o próximo como igual, com compaixão, assim como foi o espírito em que se pautaram os legisladores à época da elaboração desses direitos, e não meramente combater algo que, claro como água, acaba sendo encarado como vitória, por parte das Procuradorias ou da própria Advocacia Geral da União, ao verificar o indeferimento do pedido de um cidadão ou até mesmo a desistência, pela falta de forças ou pela própria morte do demandante.

O que deve ser levado em conta nas páginas aqui descritas é a reflexão sobre a verdadeira situação no que tange aos direitos fundamentais e, principalmente, ao direito à moradia digna e de qualidade. Será que todos não são iguais perante a lei para terem direito a uma habitação, com um mínimo de salubridade, para que possam se desenvolver como indivíduos e seus familiares (assim como consagrado na própria Constituição Federal) ou a propriedade é um direito de poucos e, por diversos fatores, seria um despautério elaborar políticas públicas efetivas para sua melhor socialização? Hoje em dia, infelizmente, essa é uma pergunta que tem sido respondida com a primeira linha de raciocínio apresentada nos parágrafos acima.

Considerações finais

Em uma primeira análise, cabe ressaltar que ambas as teorias apresentadas devem ser respeitadas verificando-se o desenvolvimento apresentado por seus autores. Em cada um dos casos, seus fundamentos demonstram problemas que devem ser enfrentados e, efetivamente, superados pela doutrina e os legisladores.

No caso do sistema jurídico brasileiro e a sua correlação com o cumprimento dos direitos fundamentais e sociais, a teoria dos custos dos direitos apresenta uma série de falhas ao ser utilizada, pelos procuradores dos estados e municípios, além da Advocacia Geral da União, como linha de defesa para o não cumprimento das garantias estabelecidas constitucionalmente. Indicar, em suas peças, a falta de recursos para a execução de certas medidas que norteiam assuntos de suma importância (como saúde e habitação) é, no mínimo, cancelar a omissão dos gestores públicos, assinando um verdadeiro atestado de incompetência no gerenciamento do erário público, que anualmente é garantido pelo pagamento de tributos da alta carga tributária existente hoje no Brasil.

Por fim, os direitos fundamentais e sociais listados e garantidos no texto constitucional devem ser valorizados ao passo que se trata do rol mínimo,

indicado pelo legislador, para que a população brasileira possa ter uma vida digna e protegida do arbítrio estatal, que, muitas vezes, deriva de suas próprias omissões no exercício da função administrativa. O princípio do mínimo existencial deve ser plenamente defendido contra as teses formuladas por determinados juristas que, por muitas vezes, invertem a ordem de importância, valorizando de forma clara o aspecto financeiro em detrimento do respeito aos direitos básicos listados no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- O Estado de São Paulo. **Senado apura gasto de R\$ 2 milhões com Selos**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-apura-gasto-de-r-2-milhoes-com-selos,1064482>. Último Acesso em: 28 de dezembro de 2014.
- GALDINO, Flávio. **Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberties Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.
- Organização das Nações Unidas - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Panorama Social de América Latina**. Chile, Nações Unidas, 2013.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I – Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.